

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/36887>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-06 and may be subject to change.

## Redres bij schending Eurostrafrecht

Over de betekenis voor het strafrecht van Köbler en Kühne & Heitz en de huidige onwenselijkheid van heropening van afgesloten strafprocedures vanwege beslissingen van het Hof van Justitie

Mr. P.H.P.H.M.C. van Kempen

**D**e invloed van de EG en EU op het nationale strafrecht breidt zich in steeds hoger tempo uit. Het onvermijdelijke gevolg daarvan is dat situaties zullen ontstaan waarin beslissingen van het Hof van Justitie tot de conclusie dwingen dat Europees recht is geschonden in strafprocedures die zijn afgesloten met

einduitspraken waaraan kracht van gewijsde toekomt. Is het met het oog op dergelijke situaties wenselijk in art. 457 Sv een mogelijkheid te creëren tot het heropenen van afgesloten strafprocedures teneinde te kunnen voorzien in redres? Of kan vooralsnog worden volstaan met al bestaande mogelijkheden voor redres, zoals schadevergoeding, het doen verbieden van de strafexecutie door de kortgedingrechter, gratie en een beroep op het EHRM?

### Inleiding

Een belangrijk instrument voor de doorwerking van internationaal recht in individuele strafzaken wordt sinds 1 januari 2003 geboden in art. 457 lid 1 sub 3° Sv. Deze bepaling vestigt de mogelijkheid tot herziening van strafrechtelijke veroordelingen indien een uitspraak van het Straatsburgse EHRM inhoudt dat het EVRM is geschonden in de procedure die tot de veroordeling heeft geleid en herziening noodzakelijk is met het oog op rechtsherstel. Zo'n mogelijkheid bestaat thans niet voor het Luxemburgse Hof van Justitie.<sup>1</sup> Al herhaaldelijk kwam dan ook de vraag op of ook beslissingen van het Hof van Justitie tot herziening in strafzaken zouden moeten kunnen leiden indien die tot de conclusie dwingen dat gemeenschaps- of unierecht (Europees recht) is geschonden in strafprocedures die zijn afgesloten met uitspraken met kracht van gewijsde. Zo verklaarde een kleine meerderheid op de algemene vergadering van de Nederlandse Juristen Vereniging zich voorstander van zo'n mogelijkheid in beperkte vorm.<sup>2</sup> De redresvraag heeft aan belang en actualiteit gewonnen door de belangrijke prejudiciële beslissingen in de zaak *Köbler* en de bestuursrechtelijke zaak *Kühne & Heitz*.<sup>3</sup> In laatstgenoemde, Nederlandse zaak deed het Hof de principiële vaststelling dat bestuursorganen verplicht kunnen zijn definitief geworden besluiten te heroverwegen indien uit zijn latere rechtspraak blijkt dat die besluiten steunen op een onjuiste toepassing van gemeenschapsrecht.<sup>4</sup> Het navolgende handelt over redres bij schending van Europees recht in strafzaken en vooral over de vraag of herziening vanwege beslissingen van het Hof van Justitie wenselijk is. Uiteraard komen de beslissingen in *Köbler* en *Kühne & Heitz* daarbij uitdrukkelijk aan bod. Daarnaast zal ik daarbij ter vergelijking aandacht besteden aan mogelijkheden tot redres bij schendingen van het EVRM.<sup>5</sup>

- <sup>1</sup> Zo blijkt ook uit HR 13 januari 1976, NJ 1976, 339. Vgl. HR 6 juli 1999, NJ 1999, 800, m.nt. JdH.
- <sup>2</sup> Verslag algemene vergadering 11 juni 1999 te 's-Hertogenbosch, *Internationale rechtspraak in de Nederlandse rechtsorde*, Handelingen NJV 1999-II, Tjeenk Willink: Deventer 2000, p. 111. Eveneens positief over een Hof van Justitie-herzieningsgrond voor het strafrecht zijn A.W.H. Meij, 'Europese rechtspraak in de Nederlandse rechtspleging: impressies uit Den Haag en Luxemburg', in: *Internationale rechtspraak in de Nederlandse rechtsorde*, Handelingen NJV 1999-I, Tjeenk Willink: Deventer 1999, p. 202; L.A.D. Keus, 'Reparatie van met het internationale recht conflicterende uitspraken', in: *De vader van de gedachte* ('Door tijd en vlijt'-bundel), Wolf Legal Publishers: Nijmegen 2003, p. 145-147; T. Barkhuysen & H.M. Griffioen, 'Formele rechtskracht en kracht van gewijsde in het licht van recente EG-jurisprudentie', *NJB* 2004, p. 2139. Tegenstander daarvan lijkt o.a. P.J. Wattel, 'Köbler, Cilfit and Welthgrove: we can't go on meeting like this', *CMLRev* 2004, i.h.b. p. 190.
- <sup>3</sup> Hof van Justitie EG 30 september 2003, C-224/01, *Köbler*, AB 2003, 429, m.nt. RW, resp. Hof van Justitie EG 13 januari 2004, C-453/00, *Kühne & Heitz*, NTER 2004, p. 98-102, m.nt. Jans & De Graaf.
- <sup>4</sup> Zie over herziening van bestuursbesluiten (art. 4:6 Awb) in relatie tot Hof van Justitie-jurisprudentie: Barkhuysen & Griffioen, 'Formele rechtskracht en kracht van gewijsde in het licht van recente EG-jurisprudentie', *NJB* 2004, p. 2133-2134, en in relatie tot het EHRM: P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Heropening van procedures na veroordelingen door het EHRM. Over redres van schendingen van het EVRM in afgesloten strafzaken alsook afgesloten civiele en bestuurszaken* (diss. Tilburg), Wolf Legal Publishers: Nijmegen 2003, p. 200-207, 225-226.
- <sup>5</sup> Zie daarover Van Kempen, *Heropening van procedures na veroordelingen door het EHRM. Over redres van schendingen van het EVRM in afgesloten strafzaken alsook afgesloten civiele en bestuurszaken* (diss. Tilburg), Wolf Legal Publishers: Nijmegen 2003, p. 103-166; zie over art. 457 lid 1 sub 3° Sv p. 106-146 en hoofdstuk XIII passim.

## Aard en omvang van het redresprobleem in het strafrecht

Door het prejudiciële systeem zal het aantal zaken waarin het redresprobleem zich voordoet, beperkt kunnen blijven. Indien de strafrechter een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie stelt zal hij de beslissing die het Hof daarop wijst in de betreffende zaak immers in acht moeten nemen. De kans dat hij op dat punt dan toch tot een onjuiste toepassing van het Europees recht komt is miniem. Dit is anders indien de strafrechter nalaat een prejudiciële vraag te stellen, hetgeen zeker niet is uitgesloten.<sup>6</sup> Dan zou uit een latere, in een ander geval gewezen prejudiciële beslissing van het Hof van Justitie kunnen blijken dat de strafrechter het Europees recht heeft geschonden. De in de eerdere strafzaak betrokken burger, die dan gelet op de latere beslissing van het Hof mogelijk onterecht is veroordeeld, staat in dat geval als derde tot die beslissing. Op dit punt verschilt het redresprobleem bij schending van Europees recht wezenlijk van dat probleem bij schending van het EVRM. Ingeval uit een beslissing van het EHRM schending blijkt, is er immers wel, en zelfs in de eerste plaats, ook altijd iemand waarop die beslissing rechtstreeks betrekking heeft, te weten de klager die zich tot het Straatsburgse Hof wendde.

Dat een beslissing van het Hof van Justitie wijst op een verkeerde toepassing van Europees recht en daarbij wel rechtstreeks op een afgesloten strafzaak ziet, zou zich nog kunnen voordoen indien die beslissing niet is gewezen in een prejudiciële procedure (art. 234 EG) maar in een inbreukprocedure (art. 226 EG). In dat geval zou de in die strafzaak veroordeelde niet als derde maar als rechtstreeks betrokkene tot de beslissing staan. De kans op een dergelijke situatie lijkt theoretisch en in elk geval zou het dan een nogal uitzonderlijk geval betreffen. Weliswaar kan de Commissie een inbreukprocedure tegen een Staat aanvangen vanwege met het Europees recht strijdige toepassing van nationale wetgeving door nationale rechters, zoals blijkt uit *Commissie tegen Italië*.<sup>7</sup> Maar daarin zal doorgaans niet de specifieke gang van zaken in een concrete zaak door het Hof worden beoordeeld maar veeleer een algemene rechterlijke praktijk. Bovendien zullen dergelijke inbreukprocedures in aantal waarschijnlijk beperkt blijven. Ook omdat de Commissie nogal terughoudend is met inbreukprocedures, vooral voorzover die zich tegen nationale rechters zouden richten.<sup>8</sup> Indien de verkeerde toepassing van Europees recht door de nationale rechter een geïsoleerd geval betreft, is de kans op een inbreukprocedure zelfs vrijwel nihil. De veroordeelde zelf zal deze procedure niet kunnen aanwenden. Wel kan hij de Commissie verzoeken dit te doen, maar deze heeft hierbij een discretionaire bevoegdheid. En deze is niet geneigd haar bevoegdheden tot bescherming van particuliere belangen in individuele zaken uit te oefenen.<sup>9</sup>

Intussen wordt de kans dat de strafrechter het Europees recht in een concreet geval verkeerd toepast wel groter in die zin dat de invloed van 'Brussel' op het strafrecht in steeds hoger tempo toeneemt. Dat betekent echter niet dat daarmee ook de kans op een met het Europees recht c.q. eurostrafrecht<sup>10</sup> strijdende strafrechtelijke veroordelingen evenredig groeit. Het meest 'pure' eurostrafrecht komt tot stand in het kader van de justitiële samenwerking in strafzaken (thans de Derde Pijler). Voorzover dit de lidstaten tot bepaalde strafbaarstellingen dwingt gaat het in beginsel slechts om minimum harmonisatie (de Staat mag wel ruimere maar niet minder ruime strafbepalingen toepassen).<sup>11</sup> Bij verkeerde toepassing daarvan door de strafrechter zal niet gauw behoefte bestaan aan herziening. Indien dan uit een beslissing van het Hof van Justitie zou blijken dat de Nederlandse rechter het Europees recht schendt, impliceert dit dus dat die strafrechter de strafbepaling onvoldoende streng uitlegt in die

zin dat bepaalde gedragingen niet daaronder worden begrepen die daar volgens het Luxemburgse Hof wel onder vallen. In dat geval zal de verdachte zeker geen herziening wensen. Dat ligt anders indien de nationale rechter meer gedragingen onder de bepaling schaaft dan de Europese regelgeving vereist, maar bij minimumharmonisatie is hij daartoe gerechtigd, zodat dat geen strijd zal opleveren met jurisprudentie van het Hof.

Dat ligt anders voor het strafrecht dat voortvloeit uit andere bevoegdheden (thans de Eerste Pijler). Dat betreft soms wel volledige harmonisatie (de nationale strafbepaling mag niet van het Europees voorschrift afwijken, dus noch ruimer noch enger zijn), bijvoorbeeld op het terrein van het milieu en de aandelenmarkten. Terzake daarvan zou uit een beslissing van het Hof van Justitie kunnen blijken dat een bepaalde gedraging volgens het Europees recht niet strafbaar mag zijn gesteld, terwijl de strafrechter daarvoor iemand eerder strafbaar achtte en veroordeelde. Dan zou herziening de schending van het Europees recht ten gunste van de veroordeelde redresseren. Dat kan – tot slot – ook gelden voor situaties waarin bestuurs- of fiscaalrechtelijke voorschriften strafrechtelijk worden gehandhaafd. Denkbaar is bijvoorbeeld dat de strafrechter iemand veroordeelt omdat hij zonder een door het nationaal recht voorgeschreven vergunning handelde. Indien dan later uit een beslissing van het Hof van Justitie volgt dat het vereisen van die vergunning met het Europees recht strijdt, conflicteert in feite ook die veroordeling met die beslissing.

## Thans beschikbare alternatieven voor redres door herziening

Zoals verderop nog aan de orde komt impliceert *Kühne & Heitz* dat staten verplicht zijn binnen de grenzen van hun nationale recht een zo hoog mogelijke mate van volledig rechtsherstel (*restitutio in integrum*) te realiseren. Reeds daarom en ook omdat het de rechtspraak wellicht handvatten geeft, is het zinvol nu kort stil te staan bij de bestaande mogelijkheden voor redres indien in een strafzaak Europees recht is geschonden. Daarnaast is dit nuttig voor de herzieningsvraag. De behoefte aan heropening van strafzaken bij schending van Europees

<sup>6</sup> Nader over problemen bij toepassing van Europees recht M. Fierstra, 'Nationale rechter en Europees recht', in: *Magistraten zonder grenzen* (Raio-congres 2002), Wolf Legal Publishers: Nijmegen 2002, p. 39-50.

<sup>7</sup> Hof van Justitie EG 9 december 2003, C-129/00, *Commissie/Italië*, NJ 2004, 582, m.nt. MRM.

<sup>8</sup> Zie Mortelmans & Van de Gronden, noot bij *Commissie/Italië*, AAe 2004, p. 198-199.

<sup>9</sup> Keus, 'Reparatie van met het internationale recht conflicterende uitspraken', in: *De vader van de gedachte* ('Door tijd en vlijt'-bundel), Wolf Legal Publishers: Nijmegen 2003, p. 141. Zie verder W.W. Geursen, 'Het arrest Dangeville: EHRM oordeelt over schending van gemeenschapsrecht', *NTER* 2002, p. 296-297.

<sup>10</sup> Eurostrafrecht (ook wel uni-strafrecht genoemd) valt te omschrijven als het geheel van regels van de Europese gemeenschappen en de Europese Unie met een strafrechtelijke dimensie. Zie nader A.H. Klip, *Uniestrafrecht* (oratie Maastricht), Kluwer: Deventer 2005, p. 5-9.

<sup>11</sup> Zie over minimum- en volledige harmonisatie in het kader van strafrecht: F.G.H. Kristen, *Misbruik van voorwetenschap naar Europees recht* (diss. Tilburg), Wolf Legal Publishers: Nijmegen, p. 33-99, i.h.b. 42-45.

recht zal immers kleiner zijn naarmate de bestaande redresmogelijkheden adequater zijn.

### Financiële schadevergoeding voor onrechtmatige rechtspraak via civiele rechter

Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad kan de Staat op grond van onrechtmatige daad (art. 6: 162 e.v. BW) aansprakelijk worden gehouden voor onrechtmatige rechtspraak. Maar dat kan alleen indien 'bij de voorbereiding van een rechterlijke beslissing zo fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken, en tegen die beslissing geen rechtsmiddel openstaat en heeft opengestaan'.<sup>12</sup> De beslissing van het Hof van Justitie in *Köbler* impliceert dat deze rechtspraak bij schending van gemeenschapsrecht te beperkt is. Aansprakelijkheid kan blijken uit die beslissing ook ontstaan bij een 'kennelijke' – dat is: evidente, manifeste – schending van gemeenschapsrecht zonder dat dit tevens een inbreuk op fundamentele rechtsbeginselen inhoudt.<sup>13</sup> Wel zal de geschonden rechtsregel dan tot toekenning van rechten aan particulieren moeten strekken. Bovendien is daarvoor vereist dat rechtstreeks causaal verband bestaat tussen de schending en de door de betrokkene geleden schade.<sup>14</sup>

### Aantasting tenuitvoerlegging veroordeling door civiele kortegedingrechter

Onder omstandigheden bestaat ook de mogelijkheid de tenuitvoerlegging van een strafrechtelijke veroordeling via een onrechtmatige-daadvordering bij de rechter in kort geding te doen verbieden, onderbreken of beperken. Het daartoe cruciale criterium vertoont sterke verwantschap met voormeld Nederlands (pre-*Köbler*) schadevergoedingscriterium bij onrechtmatige rechtspraak. Aantasting van de tenuitvoerlegging kan namelijk slechts plaatshebben indien een 'beslissing is totstandgekomen op zodanige wijze dat niet meer

kan worden gesproken van een eerlijke behandeling van de zaak in de zin van artikel 6 lid 1 eerste zin EVRM'.<sup>15</sup> Gelet op die verwantschap ligt het voor de hand de mogelijkheden tot ondermijning van de strafexecutie door de kortgedingrechter in het verlengde van de in *Köbler* geformuleerde schadevergoedingsplicht te verruimen. Maar belangrijker is dat de beslissingen van het Hof van Justitie in *Köbler* en vooral *Kühne & Heitz* wellicht impliceren dat die verruiming ingevolge het effectiviteitsbeginsel onontkoombaar is, zoals verderop nog aan bod komt. Mocht dat inderdaad zo zijn dan zou aantasting van de tenuitvoerlegging van een veroordeling voortaan ook mogelijk zijn bij een kennelijke schending van gemeenschapsrecht door de strafrechter. Als absolute voorwaarde moet dan volgens mij wel gelden dat de veroordeling voortvloeit uit de schending en daardoor evident onhoudbaar is. Die voorwaarde zou aansluiten bij het vereiste dat rechtstreeks causaal verband bestaat tussen de schending en de door de betrokkene geleden schade. Voorts lijkt mij redelijk te eisen dat de getroffen alle beschikbare rechtsmiddelen heeft uitgeput teneinde de schending te voorkomen. Overigens kan de kortgedingrechter niet de veroordelende strafuitspraak zelf aantasten.

### Gratie

Dit middel voorziet in een andere mogelijkheid om de tenuitvoerlegging van een veroordeling aan te pakken, terwijl de uitspraak als zodanig intact blijft. Vooral de grond in art. 2 sub a Gratiwet zou bij een – achteraf uit een beslissing van het Hof van Justitie blijken – inbreuk op Europees recht soelaas kunnen bieden. Krachtens deze bepaling kan de kroon (na rechterlijk advies) gratie verlenen als sprake is van 'enige omstandigheid, waarmede de rechter op het tijdstip van zijn beslissing geen of onvoldoende rekening heeft gehouden of kunnen houden en die, ware zij op dat tijdstip wel of voldoende bekend geweest, hem aanleiding zou hebben gegeven tot het opleggen van een andere straf of maatregel, of tot het afzien daarvan'.<sup>16</sup> Onder de term 'enige omstandigheid' kunnen ook omstandigheden van juridische aard vallen. Daardoor kan het ook tot gratieverlening komen bij veranderingen die zich voordoen in het recht, de wetgeving of de rechtspraak.<sup>17</sup> Er is geen enkele reden te veronderstellen dat dit anders ligt voor Europees recht c.q. een beslissing van het Hof van Justitie. Gratie is in die zin overigens een beperkt redresmiddel dat verlening ervan een gunst is en dus niet afdwingbaar is, terwijl het bovendien alleen tot redres kan voeren via de tenuitvoerlegging van sancties.

### Individueel klachtrecht EHRM

Een inbreuk op Europees recht zal soms tevens een schending van het EVRM opleveren. Indien dat zo is zal de door de inbreuk getroffen zich na uitputting van alle nationale effectieve rechtsmiddelen met een individuele klacht tot het EHRM kunnen wenden. Winst in Straatsburg zou dan vervolgens via herziening ingevolge art. 457 lid 1 sub 3° Sv vanwege de inbreuk op het EVRM tot redres van de schending van het Europees recht kunnen leiden.<sup>18</sup>

### Europeesrechtelijke verplichting tot invoering nieuwe herzieningsgrond?

Uit het in artikel 10 EG neergelegde samenwerkingsbeginsel wordt de plicht tot het verlenen van rechtsbescherming aan de burgers van de unie afgeleid. Terzake van die rechtsbeschermingsplicht hebben de lidstaten in beginsel procedurele autonomie. Dat wil zeggen dat het binnen een zekere marge aan de staten is met hun nationale

<sup>12</sup> HR 8 januari 1993, NJ 1993, 558, m.nt. HJS, HR 29 april 1994, NJ 1995, 727, m.ntn. CJHB en EAA.

<sup>13</sup> Zie punt 7 van de noot van Widdershoven bij AB 2003, 429 (Hof van Justitie EG *Köbler*), en E. Steyger, 'De gevolgen van de aansprakelijkheid van de Staat voor rechterlijke schendingen van EG-recht', NTER 2004, p. 21.

<sup>14</sup> Hof van Justitie EG, *Köbler* (§ 51).

<sup>15</sup> HR 1 februari 1991, NJ 1991, 413, m.nt. ThWvV (mededaders *Kostovski*). Zie over dit arrest en over het beroep op de civiele rechter in strafzaken, waarvoor ondanks de invoering van art. 457 lid 1 sub 3° Sv m.i. nog steeds ruimte is, Van Kempen, *Heropening van procedures na veroordelingen door het EHRM. Over redres van schendingen van het EVRM in afgesloten strafzaken alsook afgesloten civiele en bestuurszaken* (diss. Tilburg), Wolf Legal Publishers: Nijmegen 2003, p. 127-128, 131, 154-164, en E.S.G.N.A.I. van de Griend, *Hiaten in de strafrechtelijke rechtsbescherming* (diss. Tilburg), Wolf Legal Publishers: Nijmegen 2002, p. 260-276.

<sup>16</sup> Zie nader over gratie P.M. Schuyt, 'Gratie', in: *Handboek Strafzaken*, Kluwer: Deventer (losbladig), hoofdstuk 64.

<sup>17</sup> C. Kelk, 'De gratiën van de gratie', *Proces* 1991, p. 353.

<sup>18</sup> Zie ter illustratie van die toegang tot het EHRM, ook in zaken waarin prejudiciële vragen achterwege zijn gebleven, EHRM 16 april 2002, *Dangeville/Frankrijk*, NJ 2004, 447, m.nt. EAA, en voorts Geursen, 'Het arrest Dangeville: EHRM oordeelt over schending van gemeenschapsrecht', NTER 2002, p. 294-299.

rechtsstelsels het gemeenschapsrecht tot gelding te brengen.<sup>19</sup> Die marge vindt (steeds meer) beperking in vooral twee beginselen: het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel.<sup>20</sup> De vraag is nu of deze beginselen noodzaken tot invoering van verdergaande voorzieningen voor redres, zoals de mogelijkheid tot heropening van strafzaken, dan de bovenbeschreven voorzieningen thans bieden. Als belangrijke beperking van voormelde nationale voorzieningen geldt immers dat zij niet de veroordelende strafuitspraak zelf kunnen raken en bovendien niet de ruimte bieden voor een genuanceerde of uit verschillende elementen bestaande vorm van rechtsherstel. Een evident bezwaar tegen het verkrijgen van redres via het EHRM is dat het erg omslachtig is en dit Hof bovendien extra belast.

### Het effectiviteitsbeginsel

Dit beginsel houdt in dat nationale procesregels de uitoefening van de door het gemeenschapsrecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken. Zonder twijfel zou invoering van een mogelijkheid tot heropening van afgesloten strafzaken op grond van rechtspraak van het Hof van Justitie ten goede komen aan de effectiviteit van het Europees recht. De vraag is echter of het effectiviteitsbeginsel, dat niet absoluut geldt, ook inderdaad tot die invoering verplicht. Wat dit betreft is de uitspraak in *Kühne & Heitz* al direct relevant. Die lijkt namelijk te impliceren dat staten weliswaar verplicht zijn binnen de grenzen van hun nationale recht zo veel mogelijk volledig rechtsherstel (*restitutio in integrum*) te verschaffen, maar niet dat zij voor dat rechtsherstel gehouden zijn nieuwe voorzieningen te creëren.

In *Kühne & Heitz* bepaalt het Hof van Justitie dat een bestuursorgaan een definitief geworden besluit desgevraagd opnieuw moet onderzoeken wanneer 'hij naar nationaal recht bevoegd is om op dat besluit terug te komen'.<sup>21</sup> Met andere woorden: indien het nationale recht niet de mogelijkheid kent besluiten met formele rechtskracht te heroverwegen, brengt ook het gemeenschapsrecht daartoe niet de plicht met zich. Aannemelijk is aldus dat bij gebrek aan een voorziening al evenmin een plicht bestaat tot herziening in strafzaken indien in een strafprocedure blijkens rechtspraak van het Hof van Justitie een verkeerde uitleg van gemeenschaps- of unierecht is gegeven. Want wanneer het Hof de voorwaarde die het hier vaststelt al voor bestuursbesluiten urgent acht, zal het die des te meer van belang moeten achten voor rechterlijke uitspraken. Dat het Hof van Justitie dit ook doet blijkt uit diens jurisprudentie. Niet alleen erkent het terzake die uitspraken van het rechtszekerheidsbeginsel, het beginsel van eerbiediging van het gezag/de kracht van gewijsde en het met deze beginselen verwante adagium *lites finiri oportet*.<sup>22</sup> Ook maakt het Hof van Justitie daarbij – in *Köbler* en *Eco Swiss* – duidelijk dat de uit de staatsaansprakelijkheid voortvloeiende redresplicht, die zich doet gelden indien een rechterlijke uitspraak een schending van gemeenschapsrecht veroorzaakt, niet tot herziening van die rechterlijke beslissing noodzaakt.<sup>23</sup> Weliswaar houdt de staatsaansprakelijkheid in dat de Staat 'de gevolgen van de veroorzaakte schade'<sup>24</sup> ongedaan moet maken, maar die algemene redresplicht beperkt zich daarbij tot schadevergoeding die 'adequaat'<sup>25</sup> moet zijn. Aldus is het Hof kennelijk van mening dat ook het effectiviteitsbeginsel niet tot invoering van een Hof van Justitie-herzieningsgrond noopt.<sup>26</sup> Mede gezien de algemene formulering van deze communautaire staatsaansprakelijkheidsregels, terwijl het Europees recht ook overigens geenszins in andere richting wijst, heeft dit niet minder voor het strafrecht te gelden. Een andere conclusie ligt trouwens ook weinig voor de hand, daar het Hof van Justitie het staatsaansprakelijkheidsrecht

afleidt uit algemene communautaire rechtsbeginselen en niet uit rechtsgebied afhankelijke noties, laat staan uit die rechtsgebieden zelf.

Enigszins anders ligt het overigens voor wat betreft de mogelijkheid tot aantasting van de strafexecutie via de kortgedingrechter. Voor zowel het kort geding als de onrechtmatigedaadvordering is de rechter veel minder dan bij herziening aan duidelijke en precieze wettelijke grenzen gebonden. Men zou kunnen zeggen dat de ruimte voor de rechter in kort geding om het openbaar ministerie bijvoorbeeld de tenuitvoerlegging te verbieden eerder vergelijkbaar is met de speelruimte voor bestuursorganen terug te komen op definitieve besluiten. Ook daarom is het gelet op *Köbler* en vooral *Kühne & Heitz* goed denkbaar dat het Hof van Justitie op zeker moment tot opening van de kortgedingprocedure dwingt indien burgers deze ter verkrijging van redres willen benutten.

<sup>19</sup> Zie daarover i.v.m. redres bij schending van Europees recht W. van Gerven, 'Of rights, remedies and procedures', *CMLRev* 2000, p. 501-536.

<sup>20</sup> Zie o.a. Hof van Justitie EG 16 december 1976, 33/76 (§ 5), *Rewe*, *Jur.* 1976, p. I-1989; Hof van Justitie EG 14 december 1995, C-430/93 resp. C-431/93 (§ 17), *Van Schijndel* resp. *Van Veen*, *NJ* 1997, 116, m.ntn. Slot en HJS onder *NJ* 1997, 118; Hof van Justitie EG, *Commissie/Italië* (§ 25). Zie over deze beginselen bijv. P.J.G. Kapteyn & P. VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Kluwer: Deventer 2003, p. 448-457.

<sup>21</sup> § 28.

<sup>22</sup> Hof van Justitie EG 1 juni 1999, C-126/97 (§ 46), *Eco Swiss*, *NJ* 2000, 339, m.nt. HJS onder *NJ* 2000, 340; Hof van Justitie EG, *Köbler* (§ 38). Zie over deze jurisprudentie en 'the doctrine of res judicata' B.R. Hofstötter, *The Problem of Non-Compliant National Courts in European Community Law* (diss. Universität St. Gallen, Zwitserland), 2005, p. 79-89. Zie uitgebreid over rechtszekerheid en heropening van procedures Van Kempen, *Heropening van procedures na veroordelingen door het EHRM. Over redres van schendingen van het EVRM in afgesloten strafzaken alsook afgesloten civiele en bestuurszaken* (diss. Tilburg), Wolf Legal Publishers: Nijmegen 2003, p. 314-320.

<sup>23</sup> Hof van Justitie EG, *Köbler* (§ 39): 'In ieder geval vereist het beginsel van staatsaansprakelijkheid, dat inherent is aan de communautaire rechtsorde, een [...] vergoeding, maar niet een herziening van de rechterlijke beslissing die de schade heeft veroorzaakt'. Zie soortgelijk Hof van Justitie EG, *Eco Swiss* (§ 48).

<sup>24</sup> Hof van Justitie EG 19 november 1991, C-6/90 en C-9/90 (§ 36 en 42), *Francovich* resp. *Bonifaci*, *NJ* 1994, 2.

<sup>25</sup> Hof van Justitie EG 10 juli 1997, C-94/95 resp. C-95/95 (§ 48, 53, 54), *Bonifaci* resp. *Berto*, *AB* 1998, 130, m.nt. FHvdB; Hof van Justitie EG 5 maart 1996, C-46/93 en C-48/93 (§ 82 en 90), *Brasserie du Pecheur* resp. *Factortame*, *Jur.* 1996, p. I-1029.

<sup>26</sup> Niet te verwachten valt dan ook dat het Hof van Justitie tot een ander oordeel zal komen met de prejudiciële beslissing die in de zaak-*Kapferer* is verzocht. Te meer nu die prejudiciële vraag impliciet zo is geformuleerd dat die in beginsel slechts relevant is voor landen die al over een mogelijkheid tot herziening vanwege Hof van Justitie-beslissingen beschikken. Zie: Verzoek van het Landesgericht Innsbruck van 26 mei 2004 om een prejudiciële beslissing in het geding tussen *Rosemarie Kapferer en Schlank & Schick GmbH*, C-234/04.



### Het gelijkwaardigheidsbeginsel

Ondertussen betekent dit nog niet dat staten nooit verplicht zouden kunnen zijn tot invoering van een op de beslissingen van het Hof van Justitie gerichte herzieningsgrond. Daarvoor is immers ook het genoemde gelijkwaardigheidsbeginsel relevant. Zoals bekend houdt dat beginsel in dat nationaalrechtelijke beperkingen aangaande de mogelijkheid tot verwerkelijking van het gemeenschapsrecht slechts aanvaardbaar zijn voorzover die beperkingen niet ongunstiger zijn dan die welke voor 'gelijksoortige nationale vorderingen' gelden.<sup>27</sup> Nu is herziening van strafuitspraken vanwege nieuwe nationale jurisprudentie niet mogelijk.<sup>28</sup> Maar volgens Keus zou in het verlengde van het gelijkwaardigheidsbeginsel uit de rechtspraak van het Hof kunnen voortvloeien dat nationale instrumenten tot effectuering van 'ander' internationaal recht al evenmin aan het gemeenschapsrecht mogen worden onthouden.<sup>29</sup> Op zichzelf is daar inderdaad veel voor te zeggen. De vraag is dan ook of vanwege het in het Nederlandse strafrecht bestaan van een EHRM-herzieningsgrond eveneens moet worden voorzien in de mogelijkheid tot herziening in het verlengde van beslissingen van het Hof van Justitie. Volgens mij is dat toch niet het geval. Een vordering tot redres bij schending van gemeenschaps- of unierecht is in beginsel namelijk geenszins gelijksoortig aan een redresvordering bij inbreuk op het EVRM. Van uiteenlopende aanwijsbare verschillen, waarover hierna meer, volsta ik hier met er twee te noemen. Een eerste verschil betreft de aard en het doel van de

rechten waarvan de burger bescherming zoekt: het EVRM ziet op individuele fundamentele rechten (of zo men wil: mensenrechten) terwijl dat in beginsel en in elk geval in zijn algemeenheid niet het geval is voor het Europees recht.<sup>30</sup> Dit verschil is al meteen cruciaal. Niet alleen omdat de aard en het doel van de rechten ook voor het Hof van Justitie het doorslaggevende criterium blijken te zijn voor de vraag of sprake is van gelijksoortige aanspraken.<sup>31</sup> Daartoe is tevens van belang dat ook de Hoge Raad – aan welke het als nationale rechterlijke instantie toekomt na te gaan of van gelijksoortige vorderingen sprake is<sup>32</sup> – het Europees recht niet algemeen de status van fundamentele rechtsbeginselen toekent of als recht van openbare orde aanmerkt.<sup>33</sup> Een ander wezenlijk verschil ziet op de burger die via herziening rechtsbescherming zoekt: een beslissing van het EHRM kan ingevolge art. 457 lid 1 sub 3° Sv slechts tot herziening leiden in de strafzaak waarin die is gewezen, terwijl de behoefte aan herziening na een beslissing van het Hof van Justitie zich – zoals gezegd – in beginsel slechts zal voordoen in zaken waarin die beslissing juist niet is gewezen. Dit impliceert trouwens ook dat invoering voor het Europees recht van een herzieningsmogelijkheid onder de voorwaarden zoals die reeds bestaan voor het EVRM vrijwel niets zou opleveren.

### Geen uitzondering bij voortdurende schendingen

Vooralsnog moet men dus aannemen dat de redresverplichting voor staten niet de noodzaak tot herziening meebrengt van (straf)rechterlijke einduitspraken die berusten op een onjuiste toepassing van gemeenschaps- of unierecht indien het nationale procesrechtelijke stelsel niet reeds de mogelijkheid van een zodanige herziening kent. Het Europese samenwerkingsbeginsel (art. 10 EG), het daaruit gedistilleerde rechtsbeschermingsbeginsel en de daar weer mee samenhangende beginselen van effectiviteit en gelijkwaardigheid alsmede het gemeenschapsbeginsel van staatsaansprakelijkheid veronderstellen een dergelijke plicht geen van alle. Met dat alles is sprake van een stevige afwijking van het volkenrecht.<sup>34</sup> Op grond daarvan zijn staten niet alleen verplicht *restitutio in integrum* te verschaffen voor begane rechtsschendingen. Het omvat ook de plicht nog voortdurende schendingen van internationaalrechtelijke verplichtingen onmiddellijk te beëindigen.<sup>35</sup> Zo'n schending zou zich bijvoorbeeld voordoen indien een strafrechtelijke veroordeling op een onjuiste uitleg van eurostrafrecht steunt terwijl bij een juiste uitleg een vrijspraak zou zijn gevolgd. Dat het Hof van Justitie juist op dit punt van het volkenrecht afwijkt is in zoverre opmerkelijk dat de beëindigingsplicht absoluut geldt en bovendien steeds onmiddellijk moet worden nagekomen. Maar juist vanwege de verstrekkendheid van deze plicht en met het oog op onder meer een goede rechtspleging is de afwijking begrijpelijk. Want indien een voortdurende schending in de inhoud van een rechterlijke (straf)uitspraak bestaat, impliceert de beëindigingsplicht namelijk niet alleen dat de eventueel daaruit voortvloeiende tenuitvoerlegging wordt stopgezet. Ook is dan een aantasting van de uitspraak zelf vereist, zodat dan het wel heel vergaande middel van herziening is aangewezen. Althans wanneer men de voortdurende schendingen niet alleen materieel maar ook formeel wil opheffen, wat strikt genomen noodzakelijk is maar – zoals klaarblijkelijk ook het Hof vindt – zeker niet altijd opportuun.<sup>36</sup>

### Bindende kracht en terugwerkende kracht als voorwaarden voor herziening

Het heropenen van een procedure naar aanleiding van een beslissing van een internationaal gerechtshof ligt niet voor de hand indien

- <sup>27</sup> Zie over dit (o.a. in *Köbler* (§ 58) verwoorde) beginsel bijv. Kapteyn & VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Kluwer: Deventer 2003, p. 450-452.
- <sup>28</sup> Zie o.a. HR 14 oktober 1997, *NJ* 1998, 210; HR 12 oktober 2004, *NJ* 2004, 687.
- <sup>29</sup> L.A.D. Keus, 'Ontwikkelingen binnen de Europese Unie op het gebied van de rechtspraak', *Trema* 2004, p. 440.
- <sup>30</sup> In gelijke zin Wattel, 'Köbler, Cilfit and Welthgrove: we can't go on meeting like this', *CMLRev* 2004, p. 187, 190, en Meij, 'Europese rechtspraak in de Nederlandse rechtspleging: impressies uit Den Haag en Luxemburg', in: *Internationale rechtspraak in de Nederlandse rechtsorde*, Handelingen NJV 1999-I, Tjeenk Willink: Deventer 1999, p. 200. Zie hierover verderop nader.
- <sup>31</sup> Zie Hof van Justitie EG 10 juli 1997, C-261/95 (§ 33-37), *Palmisani*, *Jur.* 1997, p. I-4025, en Hof van Justitie EG 17 juni 1997, C-65/95 resp. C-111/95 (§ 20-30), *Shingara resp. Radiom*, *Jur.* 1997, p. I-3343.
- <sup>32</sup> Aldus bijv. Hof van Justitie EG 19 juni 2003, C-34/02 (§ 65), *Pasquini*, *NJ* 2004, 231, m.nt. MRM, en Hof van Justitie EG, *Palmisani* (§ 33).
- <sup>33</sup> HR 1 november 1996, *NJ* 1997, 117 (vervolg *Van Schijndel*). Zie ook de noot van HJS bij *NJ* 1997, 118, punt 1.
- <sup>34</sup> Zo ook M. Breuer, 'State liability for judicial wrongs and Community law: the case *Gerhard Köbler v Austria*', *European Law Review* 2004, p. 249.
- <sup>35</sup> Zie, met verdere literatuur- en jurisprudentieverwijzingen, Van Kempen, *Heropening van procedures na veroordelingen door het EHRM. Over redres van schendingen van het EVRM in afgesloten strafzaken alsook afgesloten civiele en bestuurszaken* (diss. Tilburg), Wolf Legal Publishers: Nijmegen, p. 65 en 66 (i.v.m. 63-65), vgl. p. 81-82.
- <sup>36</sup> Daarom is m.i. ook gerechtvaardigd dat art. 457 lid 1 sub 3° Sv niet toepasbaar is in alle gevallen waarin een strafuitspraak een voortdurende schending van het EVRM impliceert: Van Kempen, *Heropening van procedures na veroordelingen door het EHRM. Over redres van schendingen van het EVRM in afgesloten strafzaken alsook afgesloten civiele en bestuurszaken* (diss. Tilburg), Wolf Legal Publishers: Nijmegen 2003, p. 345, 360-363.

die beslissing juridisch noch moreel bindend is voor de Nederlandse rechter. Daarom was het terzake van de EHRM-herzieningsdiscussie van belang dat de beslissingen van het Straatsburgse Hof bindende kracht hebben voor de zaak waarin ze zijn gewezen en dat aan de in die beslissingen geformuleerde rechtsregels en rechtsinterpretaties vrijwel steeds eveneens *erga omnes*-werking toekomt.<sup>37</sup> En daarom is nu van belang dat eenzelfde bindende kracht toekomt aan de beslissingen van het Hof van Justitie.<sup>38</sup> Bovendien is voor art. 457 lid 1 sub 3° Sv relevant dat de beslissingen van het EHRM doorgaans volledige terugwerkende kracht tot aan de inwerkingtreding van het EVRM hebben.<sup>39</sup> Indien een internationale beslissing niet terugwerkt over de periode waarin de nationale rechter zijn gewraakte vonnis wees, is er immers weinig reden dat vonnis aan die internationale beslissing aan te passen. Het is daarom een belangrijke vaststelling dat ook – zoals nog eens bleek in *Kühne & Heitz* – de beslissingen van het Hof van Justitie in beginsel terugwerken tot de datum van inwerkingtreding van het erin uitgelegde of toegepaste voorschrift.<sup>40</sup>

### Argumenten voor en tegen een Hof van Justitie-herzieningsgrond

Dat het Europees recht niet verplicht tot invoering van een op het Hof van Justitie toegespitste herzieningsgrond zegt nog niet dat zo'n grond onwenselijk is. Andersom impliceert het in beginsel met terugwerkende kracht bindend – zijn van de beslissingen van het Hof van Justitie niet dat het juist opportuun is rechtsfeiten uit het verleden aan die beslissingen aan te passen. Die conclusie vloeit verder evenmin voort uit het enkele gegeven dat terzake van de – andersoortige – beslissing van het EHRM reeds in een herzieningsgrond is voorzien. Aldus komt het aan op een afweging van de argumenten voor en tegen herziening vanwege beslissingen van het Luxemburgse Hof. Ik beperk mij hier tot de meest relevante daarvan.

Een praktisch voordeel van het heropenen van een strafgeding vanwege een beslissing van het Hof van Justitie is dat daarmee ook duidelijk kan worden welke betekenis die beslissing meer algemeen voor de nationale rechtsorde heeft. De nationale rechter zal de beslissing per slot van rekening moeten uitleggen en toepassen in de context van het eigen nationale recht. Verder spreekt ook voor herziening dat die het gezag van het Europees recht en van de beslissingen van het Hof van Justitie zal versterken. Een ander voordeel betreft de geslotenheid van het strafrechtelijke rechtsmiddelenstelsel. Zoals gezegd valt niet uit te sluiten dat men de mogelijkheid tot aanvechting van de strafexecutie bij de rechter in kort geding zal moeten uitbreiden met het oog op beslissingen van het Hof van Justitie. Ook dat zou een inbreuk op de geslotenheid van het strafrechtelijke rechtsmiddelenstelsel impliceren. Een herzieningsmogelijkheid die steeds toepasbaar is wanneer de kortgedingrechter inroepbaar is, kan tegemoetkomen aan de reden voor de doorbreking en tegelijkertijd genoemde geslotenheid conserveren en waar nodig herstellen. Een enigszins hiermee verwant argument voor een op het Hof van Justitie gerichte herzieningsmogelijkheid is dat de toepassing ervan kan verhoeden dat de Staat schadevergoeding dient te betalen vanwege onrechtmatige rechtspraak.<sup>41</sup> Meer algemeen gesteld kan een herzieningsprocedure tot een meer genuanceerde vorm van rechtsherstel leiden dan waarin de civiele rechter kan voorzien. Ten slotte wordt wel gesteld dat het enkele bestaan van de inbreukprocedure (art. 226 EG) op zichzelf een argument oplevert om een herstelvoorziening te creëren.<sup>42</sup> Voorzover hier inderdaad sprake is van een argument pro herziening, lijkt mij er zeer beperkt gewicht

aan toe te komen, ook omdat het bieden van rechtsbescherming aan individuele concrete burgers niet het primaire doel van die procedure lijkt. Dit blijkt ook daaruit dat geen van de procedures bij het Hof van Justitie ruimte biedt een verdragschennende Staat tot concreet rechtsherstel tegenover een getroffen te verplichten (zoals wel mogelijk is voor het EHRM ingevolge art. 41 EVRM).

Als praktisch nadeel van een herzieningsmogelijkheid geldt de werkbelasting van zowel de nationale als de Luxemburgse rechter. Eerstgenoemde zal meer herzieningsverzoeken te verwerken krijgen, ook kansloze, waarvan het aantal overigens afhankelijk zal zijn van de aan de herzieningsgrond te stellen voorwaarden. Voorzover het tot minder vorderingen uit onrechtmatige rechtspraak leidt, ondervindt de werkvermeerdering bovendien nog compensatie. Wat betreft het Hof van Justitie geldt dat het wellicht meer prejudiciële vragen zal krijgen van de nationale rechter die vorderingen vanwege onrechtmatige rechtspraak en herzieningsprocedures wenst te voorkomen.<sup>43</sup> Dit is ook in ander opzicht onwenselijk, daar het zal resulteren in aanzienlijke verlenging van al die strafprocedures waarin die 'onnodige' prejudiciële vragen worden gesteld. Twijfelachtig lijkt mij dat dit voldoende wordt voorkomen door het Hof van Justitie te verplichten prejudiciële beslissingen in zaken van gedetineerde personen zo spoedig mogelijk te wijzen.<sup>44</sup> Voorts geldt voor herziening zelf dat dit tot verlenging van strafprocedures leidt. Dat is duur en bovendien kan de kwaliteit van het geding eronder te lijden hebben, al zal dit laatste nadeel beperkt kunnen blijven voorzover de herziening vooral de juridische merites van de zaak betreft. Een

<sup>37</sup> Zie, met uitgebreide literatuur- en jurisprudentieverwijzingen, Van Kempen, *Heropening van procedures na veroordelingen door het EHRM. Over redres van schendingen van het EVRM in afgesloten strafzaken alsook afgesloten civiele en bestuurszaken* (diss. Tilburg), Wolf Legal Publishers: Nijmegen 2003, p. 37-51, 61-62.

<sup>38</sup> Kapteyn & VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Kluwer: Deventer 2003, p. 394-396.

<sup>39</sup> Ingeval de beslissing 'in the light of present-day conditions' is gewezen, kan sprake zijn van een beperkte terugwerkende kracht. Zie over die 'betekenisgerelateerde werking in de tijd': Van Kempen, *Heropening van procedures na veroordelingen door het EHRM. Over redres van schendingen van het EVRM in afgesloten strafzaken alsook afgesloten civiele en bestuurszaken* (diss. Tilburg), Wolf Legal Publishers: Nijmegen 2003, p. 51-62.

Zie voor een daarmee verwante benadering O.A. Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht*, Kluwer: Deventer 2001, p. 345-382.

<sup>40</sup> Hof van Justitie EG, *Kühne & Heitz* (§ 21), onder verwijzing naar o.a. Hof van Justitie EG 27 maart 1980, 61/79 (§ 16), *Denkavit, Jur.* 1980, p. I-1205.

<sup>41</sup> In die zin Keus, 'Reparatie van met het internationale recht conflicterende uitspraken', in: *De vader van de gedachte* ('Door tijd en vlijt'-bundel), Wolf Legal Publishers: Nijmegen 2003, p. 144-145.

<sup>42</sup> Meij, 'Europese rechtspraak in de Nederlandse rechtspleging: impressies uit Den Haag en Luxemburg', in: *Internationale rechtspraak in de Nederlandse rechtsorde*, Handelingen NJV 1999-I, Tjeenk Willink: Deventer 1999, p. 199.

<sup>43</sup> Wattel, 'Köbler, Cilfit and Welthgrove: we can't go on meeting like this', *CMLRev* 2004, p. 181, en J.H. Jans, 'State Liability and Infringements Attributable to National Courts', *The European Union: An Ongoing Process of Integration* (Kellermann-bundel), T.M.C. Asser Press: The Hague 2004, p. 172-173, 176. Vgl. C.D. Classen over *Köbler* in: *CMLRev* 2004, p. 821.

<sup>44</sup> Zoals gebeurt in artikel III-369 lid 4 Verdrag Europese Grondwet (ontwerp).

ander bezwaar tegen herziening vanwege beslissingen van het Hof van Justitie is dat het niet heel ongebruikelijk is voor dit Hof op een eerder ingezette koers terug te komen<sup>45</sup> en dat bovendien ook de Europese regelgevende instanties regelmatig veranderingen in het Europees recht doorvoeren. Daardoor zou het zich bij zo'n herzieningsmogelijkheid immers kunnen voordoen dat een strafuitspraak wordt herroepen vanwege een verkeerde toepassing van Europese regelgeving, terwijl die regelgeving later of zelfs kort na of al op het moment van herziening niet meer (op gelijke wijze) geldt. Vooralsnog geldt dit argument des te urgenter voor het strafrecht nu nog zo goed als onbekend is welke kwaliteit het Hof van Justitie op dit rechtsterrein zal leveren en tegelijkertijd de kwaliteit van het eurostrafrecht nog veel te wensen overlaat.<sup>46</sup>

Vanuit meer principieel oogpunt wordt de keuze over het al dan niet invoeren van een Hof van Justitie-herzieningsgrond vooral beheerst door de notie rechtvaardigheid. Binnen die notie staan de gerechtigheid en de rechtszekerheid – die beide in zowel het internationale recht, het nationale recht als de rechtstaatgedachte zijn verankerd – tegenover elkaar. De gerechtigheid vereist daarbij dat bij rechtsschendingen zonodig door heropening van procedures in redres wordt voorzien. Het gaat hier om het fundamentele beginsel van correctieve rechtvaardigheid. Dat beginsel vloeit onder meer voort uit: het gelijkheidsbeginsel, het rechtsgevoel, het vertrouwensbeginsel, het principe van solidariteit, de preventieve werking, het neutraliseren van de ontkenning van rechtsaanspraken.<sup>47</sup> Daartegenover staat de rechtszekerheid (in het bijzonder het adagium *lites finiri oportet*). Die noodzaakt hier ten eerste tot algemene bescherming tegen ondergraving van processuele systemen door het onbeperkt kunnen voortgaan van processen. Daarnaast dringt die aan op bescherming tegen heropening van concrete processen en de herroeping van concrete eindbeslissing met kracht van gewijsde omwille van oriëntatiezekerheid en realisatiezekerheid.<sup>48</sup> Voor de eerste vorm van zekerheid is van belang dat rechterlijke beslissingen voor burgers alleen als oriëntatiepunt c.q. rechtsbron kunnen fungeren wat betreft de betekenis en werking van het recht als ze in hoge mate

onaantastbaar zijn. Bij realisatiezekerheid gaat het erom dat burgers erop moeten kunnen vertrouwen dat de tenuitvoerlegging van gewezen beslissingen plaatsvindt.

### Afweging van de argumenten via objectiverend model

Voormelde argumenten – vooral die voortvloeien uit de noties van gerechtigheid en rechtszekerheid<sup>49</sup> – zijn volgens mij verreweg de belangrijkste voor de discussie over de wenselijkheid van een op het Hof van Justitie gerichte herzieningsmogelijkheid. Maar meer dan een impasse levert dat vooralsnog niet op, daar de argumenten pro en de argumenten contra elkaar in beginsel behoorlijk in evenwicht houden. Die impasse valt ondertussen moeilijk te doorbreken door aan te knopen bij de bestaansgrond van het buitengewone rechtsmiddel herziening, namelijk het steeds teniet kunnen doen van aperte onjuistheden.<sup>50</sup> Want wat is een aperte onjuistheid? Om toch een juiste keuze te maken, is het nodig tot een geobjectiveerde (niet: objectieve, dat is onmogelijk) afweging van de argumenten te komen.

Voor die geobjectiveerde afweging hanteer ik een uit het strafrechtssysteem gedistilleerd model.<sup>51</sup> De grondslag daarvan ligt in het primaire doel van het strafproces. Als zodanig kan de idee van 'rechtstatelijke rechtsvrede' fungeren. Volgens die idee strekt het strafproces ertoe met inachtneming van de regels van de rechtstaat zo veel mogelijk een situatie te realiseren waarin binnen de gemeenschap algemeen het gevoel bestaat dat op een voldoende adequate manier is gereageerd op het strafbare feit en van de verdachte en het eventuele slachtoffer van het delict ten minste mag worden verwacht dat zij de rechtspleging in de strafzaak accepteren. Het model houdt vervolgens in dat geen plaats is voor doorbreking van de systematiek van het procesrecht – welke systematiek veronderstelt dat een strafproces dat is afgesloten met een uitspraak met kracht van gewijsde onherroepelijk is – indien een strafproces aan zijn doel (rechtstatelijke rechtsvrede) beantwoordt. Voor zodanige doorkruising is daarentegen wel reden voorzover het strafproces dat doel niet realiseert en herziening de verwezenlijking van dat doel alsnog dichterbij kan brengen. Uiteindelijk houdt het model dan – kort gezegd – in dat men dient te bezien of een onjuiste toepassing van Europees recht in een strafproces meebrengt dat:

- a de concrete strafrechtspleging als onaanvaardbaar ten opzichte van de veroordeelde heeft te gelden;
- b de concrete strafrechtspleging als onaanvaardbaar ten opzichte van de gemeenschap heeft te gelden;
- c het rechtstatelijk onaanvaardbaar is het strafgeding daadwerkelijk als definitief beëindigd te handhaven.

Pas indien het proces wat betreft ten minste één van deze maatstaven als onaanvaardbaar dient te worden aangemerkt kan herziening wenselijk zijn.

Hierbij is het nuttig verschillende soorten veroordeelden te onderscheiden. Wanneer een concrete prejudiciële beslissing impliceert dat een definitieve strafrechtelijke veroordeling op een verkeerde toepassing van Europees recht steunt, zal die beslissing van het Hof van Justitie – zoals opgemerkt – in beginsel steeds in een andere zaak dan die van de veroordeelde zijn geweest. In zoverre staan veroordeelden dan dus steeds als derden tot die beslissing, maar dat neemt niet weg dat tussen die derden verschil bestaat. Ter toetsing van de drie zojuist genoemde maatstaven valt te onderscheiden tussen: (1) derden die in hun strafproces niet alle in potentie effectieve nationale strafrechtelijke rechtsmiddelen hebben uitgeput en/of de verkeerde toepassing van het Europese recht niet, ontijdig of

<sup>45</sup> Wattel, 'Köbler, Cilfit and Welthgrove: we can't go on meeting like this', CMLRev 2004, p. 179 (zie ook p. 182, 184, 185).

<sup>46</sup> Zie over dit laatste probleem P.H.P.M.C. van Kempen, 'Waarborgen tegen de ontwrichtende werking van Eurostrafrecht', in: *Glijdende Schalen* (De Hullu-bundel), Nijmegen 2003, p. 248-257.

<sup>47</sup> Nader over gerechtigheid Van Kempen, *Heropening van procedures na veroordelingen door het EHRM. Over redres van schendingen van het EVRM in afgesloten strafzaken alsook afgesloten civiele en bestuurszaken* (diss. Tilburg), Wolf Legal Publishers: Nijmegen 2003, p. 310-314.

<sup>48</sup> Nader over rechtszekerheid Van Kempen, *Heropening van procedures na veroordelingen door het EHRM. Over redres van schendingen van het EVRM in afgesloten strafzaken alsook afgesloten civiele en bestuurszaken* (diss. Tilburg), Wolf Legal Publishers: Nijmegen 2003, p. 317-320.

<sup>49</sup> Zo ook W.D.H. Asser m.m.v. R.F. Hofstede, 'Straatsburg locuta, causa finita? Over heropening van civiele procedures waarin het EHRM een schending van het EVRM heeft vastgesteld', AAe 2004, p. 547.

<sup>50</sup> J. de Hullu, *Over rechtsmiddelen in strafzaken*, Gouda Quint: Arnhem 1989, p. 165, 265.

<sup>51</sup> Zie uitgebreid over dat model Van Kempen, *Heropening van procedures na veroordelingen door het EHRM. Over redres van schendingen van het EVRM in afgesloten strafzaken alsook afgesloten civiele en bestuurszaken* (diss. Tilburg), Wolf Legal Publishers: Nijmegen 2003, p. 321-327.



anderszins onvoldoende in het strafproces aan de kaak stelden op de aangewezen momenten; (2) derden die voormelde rechtsmiddelen zowel formeel als inhoudelijk hebben uitgeput teneinde de verkeerde toepassing van het Europese recht tegen te gaan. Strikt genomen bestaat – via de inbreukprocedure (artikel 226 EG) – nog de mogelijkheid dat het Hof van Justitie na afsluiting van een strafzaak een beslissing over die zaak wijst. Maar omdat dit een nogal theoretische en in elk geval exceptionele situatie zou betreffen, zal ik deze categorie veroordeelden – die dus niet als derden gelden – niet afzonderlijk behandelen. Wel kom ik er verderop in de ‘tussenconclusie’ heel kort op terug.

### Afweging

#### Veroordeelden die rechtsmiddelen niet zowel formeel als inhoudelijk uitputten

Herziening dient in elk geval niet open te staan voor derden die de in potentie effectieve nationale strafrechtelijke rechtsmiddelen niet zowel formeel als inhoudelijk volledig hebben benut. Omdat dit volgens mij – en in beginsel ook wat betreft de wetgever – heeft te gelden bij schending van het EVRM,<sup>52</sup> zal dat mede geleet op navolgende argumentatie a fortiori bij schending van Europees recht het geval moeten zijn.

#### a De veroordeelde

In relatie tot het belang van de veroordeelde telt vooral dat de einduitspraak op het punt van de later gebleken schending voor hem uiteindelijk kennelijk onvoldoende onacceptabel was om deze aan te vechten. Anders zou hij immers wel al de beschikbare rechtsmiddelen inhoudelijk hebben benut en de schending van het Europees recht dus steeds hebben aangesneden. Hieraan kan niet afdoen dat hij dit mogelijk niet heeft gedaan omdat hij zijn kans op succes bijvoorbeeld gering achtte vanwege de voor hem ongunstige stand van de nationale jurisprudentie over de desbetreffende Europese regelgeving.<sup>53</sup> Juist gewone rechtsmiddelen – en in elk geval meer dan buitengewone rechtsmiddelen – zijn immers ook bedoeld om de rechter te overtuigen van de noodzaak het recht in andere richting te ontwikkelen. Het is aldus ook achteraf niet onredelijk van dergelijke, op grond van verkeerde toepassing van Europees recht veroordeelde derden te verwachten dat zij zich bij de rechtspleging in hun strafzaken neerleggen. Door het niet zowel formeel als materieel benutten van de beschikbare rechtsmiddelen hebben zij de kans op een gunstiger beslissing zelf de pas afgesneden.

#### b De gemeenschap

Verder lijkt in strafzaken van dergelijke derden ook tegenover de gemeenschap van rechtsvrede te kunnen worden gesproken. De veroordeelde, de rechter en waarschijnlijk het Openbaar Ministerie hebben de achteraf uit de beslissing van het Hof van Justitie blijken schending niet of althans onvoldoende als zodanig gevoeld. Het ligt dan ook weinig voor de hand dat de gemeenschap wel door de schending is beroerd of dat door de beslissing van het Hof van Justitie alsnog wordt. Sterker nog: juist het vanwege de schending openbreken van het strafproces, terwijl de verdachte destijds zelf met de uitkomst daarvan akkoord ging, zou beroering en daarmee verstoring van de rechtsvrede in de gemeenschap kunnen meebrengen.

### c De rechtstaat

Voor de vraag of de rechtspleging ook vanuit het oogpunt van de rechtstaat aanvaardbaar is telt dat het Europees recht in zijn algemeenheid geen recht is dat door de rechtstaat wordt verondersteld.<sup>54</sup> Maar los daarvan is reeds van doorslaggevend betekenis dat ook de door de rechtstaat vereiste adequate rechtsbescherming hier niet wezenlijk tekort is geschoten. Door het niet formeel en inhoudelijk uitputten van de nationale rechtsmiddelen door de veroordeelde heeft het strafprocessuele systeem immers niet volledig de kans gekregen tot een volledig rechtvaardige en juiste rechtspleging te komen.<sup>55</sup> In die zin heeft het systeem ook vanuit het oogpunt van de rechtstaat dus niet fundamenteel gefaald en is de uitkomst van het strafproces ook vanuit dat oogpunt aanvaardbaar. Men zou zelfs kunnen verdedigen dat het vanuit de rechtstaat – vooral het daarvoor fundamentele beginsel van rechtszekerheid – onwenselijk is voor zulke derden in redres door middel van heropening van het strafproces te voorzien. Het voor hen openstellen van herziening zou immers onder meer ten koste gaan van de doelmatige werking van het strafprocessuele systeem en bovendien een premie impliceren op een niet-alerte proceshouding van de verdachte. Daarnaast zou heropening hier niet stroken met de eveneens in de rechtstaat te waarborgen belangen van de gemeenschap en eventuele slachtoffers.

#### Veroordeelden die rechtsmiddelen wel formeel en inhoudelijk uitputten

Moelijker is de afweging voor veroordeelden die alle in potentie effectieve nationale rechtsmiddelen (in beginsel hoger beroep en cassatie) hebben aangewend en zich daarbij op de aangewezen momenten steeds op de achteraf gebleken juiste toepassing van het Europees recht hebben beroepen. Bij schending van het EVRM ben ik – anders dan de wetgever – van mening dat de herzieningsprocedure voor dergelijke derden toegankelijk dient te zijn, zij het slechts in het verlengde van beslissingen van het EHRM tegen Nederland.<sup>56</sup> Maar zoals ik al opmerkte impliceert dat nog niet dat hetzelfde moet gelden bij schending van Europees recht.

#### a De veroordeelde

In elk geval hebben deze derden er geen twijfel over laten bestaan dat zij de rechtspleging op het punt van de schending van het Europees recht als niet acceptabel beoordeelden. Zij hebben de zelfzuiverende werking van het strafprocessuele systeem zowel formeel als materieel volledig de kans gegeven tot een juiste toepassing van dat

<sup>52</sup> Zie voor het EVRM Van Kempen, *Heropening van procedures na veroordelingen door het EHRM. Over redres van schendingen van het EVRM in afgesloten strafzaken alsook afgesloten civiele en bestuurszaken* (diss. Tilburg), Wolf Legal Publishers: Nijmegen 2003, p. 344-354.

<sup>53</sup> Kennelijk anders Widdershoven, noot AB 2003, 429 (Hof van Justitie EG Köbler), punt 3. Genuanceerd is J.M. Prinssen, *Doorwerking van Europees recht* (diss. UvA), Kluwer: Deventer 2004, p. 228-235.

<sup>54</sup> Zie daarover nader in paragrafen hierna.

<sup>55</sup> Vgl. Jans, 'State Liability and Infringements Attributable to National Courts', *The European Union: An Ongoing Process of Integration* (Kellermann-bundel), T.M.C. Asser Press: The Hague 2004, p. 173-174.

<sup>56</sup> Van Kempen, *Heropening van procedures na veroordelingen door het EHRM. Over redres van schendingen van het EVRM in afgesloten strafzaken alsook afgesloten civiele en bestuurszaken* (diss. Tilburg), Wolf Legal Publishers: Nijmegen 2003, p. 355-358, 363-371, 375-376.

recht te komen. Aldus dragen zij – anders dan de Staat – er op geen enkele wijze verantwoordelijkheid voor dat de schending toch plaatsvond. Zo bezien lijkt van hen niet te kunnen worden verwacht dat zij zich bij hun uit de schending voortvloeiende veroordeling neerleggen. Nu zou men nog kunnen stellen dat dit pas werkelijk het geval is indien de veroordeelde tijdens het begaan van het strafbaar feit van mening was en redelijkerwijs kon zijn – gelet op de stand van het Europees recht – dat zijn gedraging niet strafbaar was. Voor degenen die deze opvatting niet hadden noch konden hebben, kan de veroordeling immers moeilijk als onaanvaardbaar gelden doordat deze als een verrassing kwam.

Maar het Nederlandse herzieningsstelsel impliceert dat zelfs van rechtsvrede kan worden gesproken tegenover veroordeelden die niet-strafbaar meenden te handelen. Dit stelsel biedt immers niet de mogelijkheid tot heropening van strafzaken bij latere wijziging bij wet van de strafbepaling waarop de veroordeling steunt, een omslag in de nationale jurisprudentie terzake van die bepaling of – het belangrijkste – latere onverbindendverklaring van die bepaling (met volledig terugwerkende kracht).<sup>57</sup> Dat geldt dus zelfs ook indien de veroordeelde alle rechtsmiddelen benutte en daarbij steeds in alle instanties precies dat punt heeft opgeworpen dat later de grondslag vormde voor de wetwijziging, onverbindendverklaring, jurisprudentieomslag enzovoort. De positie van deze veroordeelde en die van degene die in strijd met het Europees recht is veroordeeld, zijn in zoverre gelijk dat zij na het definitief worden van de einduitspraak geen mogelijkheid hebben deze nog bij een straf- of internationale rechter aan te vechten. Hun posities zijn echter ongelijk wat betreft de oorsprong van het geschonden recht: in het eerste geval is die nationaal, in het tweede internationaal. De vraag is echter of dit verschil in relatie tot de veroordeelde relevant is. Mij lijkt van niet (zie hierna in relatie tot de rechtstaat echter anders). Voor de materiële positie van de veroordeelde is volgens mij van belang van welke aard het desbetreffende recht is, wat de zwaarte, het onderwerp en het doel ervan is. Maar zoals gezegd is in beide gevallen in beginsel van 'gewoon' recht sprake, althans bestaat daartussen in elk geval geen categorisch verschil. Dit brengt mij tot het volgende.

Op zichzelf kan tegenover derden die de rechtsmiddelen zowel formeel als inhoudelijk uitputten, terwijl hun veroordeling steunt op een later gebleken verkeerde toepassing van Europees recht, niet heel gemakkelijk van rechtsvrede worden gesproken. Althans indien de veroordeelde tijdens het begaan van het strafbaar feit gelet op de stand van het Europees recht van mening was en kon zijn dat zijn gedraging niet strafbaar was. Tegelijkertijd meen ik dat er in beginsel geen grond is hen in het herzieningsstelsel anders te benaderen dan derden in dezelfde positie maar wier veroordeling problematisch is in het licht van latere wijzigingen in het nationale recht.<sup>58</sup> Ik meen onder meer daarom dat er bezien in relatie tot de veroordeelde vooralsnog

geen reden is de herzieningsregeling met (alleen) een Hof van Justitie-grond uit te breiden.

### *b De gemeenschap*

Bezien vanuit de gemeenschap kan die conclusie hetzelfde luiden. Nu men het huidige herzieningsstelsel lijkt te aanvaarden, althans wat betreft voornoemde beperkingen terzake van latere veranderingen in het nationale strafrecht, lijkt er geen reden te veronderstellen dat dit in verband met Europees recht anders is.

### *c De rechtstaat*

Ten slotte wederom de vraag naar de aanvaardbaarheid van het strafgeding bezien vanuit de rechtstaat, maar nu dus voor derden die alle rechtsmiddelen zowel formeel als materieel uitputten. Zonder meer weegt ook hier zwaar dat het Europees recht geen recht is dat door de rechtstaat wordt verondersteld (zie over de situatie waarin dit anders is in paragraaf hierna). Op dit punt verschilt de discussie over een Hof van Justitie-herzieningsgrond wezenlijk met die over herziening na veroordelingen door het EHRM. Het Europees recht betreft in het algemeen 'gewoon' recht en in dat opzicht is het dus van fundamenteel andere – lees: lichtere – aard dan de door de rechtstaat vereiste mensenrechten uit het EVRM. Waar bijvoorbeeld een eerlijk proces fundamenteel is voor de rechtstaat, dwingt die staat in beginsel niet tot onder meer de huidige Europese sociaal-economische regelgeving, de strafrechtelijke handhaving daarvan en de in de unie vastgestelde minimumvoorwaarden voor bestanddelen van delictsomschrijvingen en de straffen daarbij. Als zodanig impliceert een schending van Europees recht dus geen inbreuk op de rechtstaat.

De vraag is echter of het niet kunnen repareren van een dergelijke schending dat wel doet. Mijns inziens is dat in beginsel niet het geval. Dat standpunt hangt ten dele samen met de hiervoor beschreven onmogelijkheid tot herziening ingeval een veroordeling niet meer houdbaar is gelet op veranderingen in het nationale recht. Weliswaar achten sommigen dit onwenselijk,<sup>59</sup> maar niemand stelt dat dit onrechtstatelijk is of ten minste fundamenteel onrechtvaardig. Maar met alleen deze redengeving valt nu niet te volstaan. Anders dan hierboven bij de veroordeelde is voor de rechtstaat behalve de aard namelijk ook de oorsprong van het recht van enig gewicht. Aldus dient te tellen dat het bij schending van Europees recht om internationaal recht gaat en dat het in feite komen te vervallen van de grondslag van de veroordeling daarbij niet uit nationale wetgeving of jurisprudentie voortvloeit maar uit internationale. Dat punt is nu onder meer relevant omdat het Europees recht en de jurisprudentie van het Hof van Justitie veel meer een bindende en statische rechtsbron is voor de nationale organen dan het nationale recht en vooral de nationale jurisprudentie. In elk geval is dat Europees recht binnen de nationale rechtsorde hoger in hiërarchie dan het nationale recht. Tegelijkertijd past ook hierop een nuancering. Bedacht moet immers worden dat het Europees recht niet zozeer – en toch zeker veel minder dan het EVRM – is gericht op rechtstreekse individuele rechtsbescherming maar veeleer op het creëren van een rechtsstelsel dat de burger in zijn algemeenheid ten goede dient te komen. Dat neemt echter niet volledig weg dat er, gelet op dat verschil in hiërarchie, vanuit het oogpunt van de Staat eerder reden is te voorzien in herziening bij achteraf gebleken onjuiste toepassing van internationaal recht dan bij nationaal recht. Eerder, dus nog niet zonder meer.

Vanwege het prejudiciële systeem ben ik uiteindelijk zelfs van mening dat dit verschil hooguit onder bijzondere omstandigheden tot een gunstigere redresvoorziening voor het Europees recht

<sup>57</sup> Zie De Hullu, *Over rechtsmiddelen in strafzaken*, Gouda Quint: Arnhem 1989, p. 277-282, en G.A.M. Strijards, *Revisie*, Gouda Quint: Arnhem 1989, p. 164-165.

<sup>58</sup> In dergelijke zin ook Meij, 'Europese rechtspraak in de Nederlandse rechtspleging: impressies uit Den Haag en Luxemburg', in: *Internationale rechtspraak in de Nederlandse rechtsorde*, Handelingen NJV 1999-I, Tjeenk Willink: Deventer 1999, p. 200.

<sup>59</sup> Zie o.a. De Hullu, *Over rechtsmiddelen in strafzaken*, Gouda Quint: Arnhem 1989, p. 281-282.

noodzaakt. Cruciaal voor die terughoudende opstelling is dat juist de prejudiciële procedure effectief de gelegenheid biedt nog gedurende de strafzaak duidelijkheid over de betekenis van het Europees recht te verkrijgen. Weliswaar kan de verdachte die procedure niet zelf in gang zetten, maar hij kan wel op de toepassing ervan aansturen. Maar eigenlijk veel belangwekkender is dat met de prejudiciële procedure een systeem binnen nationale strafprocedures toepasbaar is dat in hoge mate adequaat is om schendingen van Europees recht te voorkomen. Daarmee is er die mate van rechtsbescherming voorhanden die van een rechtstaat verwacht mag worden. In de praktijk zal dat systeem echter niet elke schending van Europees recht verhoeden. Zo blijft de kans bestaan dat het Hof van Justitie na het strafproces in een andere zaak een 'verrassingsbeslissing' of zelfs foutieve beslissing<sup>60</sup> wijst die redelijkerwijze niet voorzienbaar was voor de strafrechter, dan wel de prejudiciële vraag van de strafrechter al te lichtvaardig niet-ontvankelijk verklaart. In dat geval is de schending van het Europees recht evenwel niet het gevolg van falen van de (rechts)staat en omdat het hier bovendien geen door de rechtstaat verondersteld recht betreft, dwingt die rechtstaat dan niet tot een herzieningsmogelijkheid. Los daarvan is overigens discutabel of dergelijke problematische beslissingen toch al tot herziening zouden moeten kunnen leiden. Een schending van Europees recht kan zich ondanks het prejudiciële systeem verder nog voordoen doordat de strafrechter ten onrechte nalaat een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie te stellen of doordat hij het Europees recht verkeerd toepast terwijl helder was tot welke toepassing hij had moeten komen. In dat geval zal men onder omstandigheden moeten aannemen dat het strafprocessuele systeem in zijn rechtstatelijke rechtsbeschermingsfunctie en uiteindelijk ook tegenover de veroordeelde tekort is geschoten. Namelijk indien de veroordeelde alle rechtsmiddelen heeft aangewend en inhoudelijk heeft benut om de misslag door de strafrechter te voorkomen, terwijl hij tijdens het begaan van het strafbaar feit gelet op de stand van het Europees recht van mening was en kon zijn dat zijn gedraging niet strafbaar was.<sup>61</sup>

### Tussenconclusie

Voor laatstgenoemde situatie zou misschien op termijn kunnen worden overwogen of invoering van een Hof van Justitie-herzieningsgrond wenselijk is. Datzelfde geldt trouwens voor het nogal theoretische geval dat het Hof van Justitie – in een inbreukprocedure – rechtstreeks ten aanzien van een veroordeelde heeft vastgesteld dat zich in zijn zaak een schending van Europees recht voordeed. Voor zo'n afweging kan mijns inziens eerst dan plaats zijn wanneer het Hof van Justitie op het terrein van het voor strafzaken relevante recht – waarmee het Hof zich tot dusver nog slechts zeer beperkt heeft beziggehouden – consequente rechtspraak van hoge kwaliteit blijkt te leveren. Zolang daarover geen duidelijkheid bestaat lijkt mij invoering van zo'n herzieningsgrond in elk geval bezwaarlijk. Daarvoor telt ook dat de precieze aard van het redresprobleem bij schending van Europees recht in strafzaken thans nog lang niet goed inzichtelijk is, onder meer doordat het eurostrafrecht zich nog volop ontwikkelt en bovendien nog betrekkelijk jong is. Een en ander maakt het extra risicovol reeds nu de rechtszekerheid met een nieuwe herzieningsgrond op het spel te zetten, omdat men niet op voorhand kan inschatten waarvoor die rechtszekerheid wordt opgeofferd en al evenmin in welke mate.<sup>62</sup> Ondertussen blijft een allesbehalve tijdelijk bezwaar dat heropening van strafprocedures bij schending van Europees recht het behoorlijk moeilijk kan maken herziening niet eveneens open te stellen bij achteraf gebleken verkeerde toepassing

van ander 'gewoon' recht. Waarom zou men dan – in het onvervulbare streven naar individuele gerechtigheid in elke concrete zaak<sup>63</sup> – niet ook heropening van strafzaken toestaan bij latere wijzigingen in het nationale strafrecht (zie hiervoor) en vanwege beslissingen van de civiele rechter, de bestuursrechter, het Benelux Gerechtshof, het Internationaal Gerechtshof, het Internationaal Strafhof en eventueel ook de Wereldhandelsorganisatie? Zeker niet ondenkbaar is immers dat een strafrechtelijke veroordeling in het licht van een beslissing van een van deze instanties als onhoudbaar heeft te gelden. Zo het adagium *lites finiri oportet* in verband met beslissingen van het Hof van Justitie niet al permanente naleving behoeft, verdient het dat dus toch in elk geval voorlopig nog. Ondertussen kan men in echt schrijnende gevallen uitkomst bieden met de eerder besproken financiële schadevergoeding, gratie en zonodig ook door aantasting van de tenuitvoerlegging door de kortgedingrechter en eventueel zelfs via een beroep op het EHRM.

### Situatie dat de beslissing van het Hof van Justitie op fundamentele rechten ziet

Al herhaaldelijk kwam naar voren dat het Europees recht – gelijk het nationale recht en anders dan het EVRM – in beginsel 'gewoon' recht betreft. Soms echter hebben de beslissingen van het Hof van Justitie betrekking op fundamentele rechten. In bijvoorbeeld de zaak *Kirk* stelde het Hof met een beroep op art. 7 EVRM dat de terugwerken-de kracht van een verordening geen nationale maatregelen van strafrechtelijke aard kan doen gelden ten aanzien van gedragingen wanneer die maatregelen ten tijde van het plegen van die gedragingen nog onverenigbaar waren met het gemeenschapsrecht.<sup>64</sup> Men zou kunnen stellen dat de situatie dat een strafrechtelijke veroordeling met zo'n beslissing strijdt, gelijk is aan het geval waarin de veroordeling met het EVRM conflicteert en dat heropening van het strafproces daarom ook dan mogelijk dient te zijn. Die zienswijze lijkt mij echter te simpel. Weliswaar is juist dat dan in beide gevallen sprake is van datgene wat de EHRM-herzieningsgrond het meest rechtvaardigt en urgent maakt: de Staat wordt verantwoordelijk gehouden voor een inbreuk op rechten die fundamenteel zijn voor het individu en de rechtstaat, de mensenrechten. Maar deze zienswijze miskent dat het EHRM anders dan het Hof van Justitie specifiek voor het toezicht op de naleving van de rechten van de mens is opgericht. Bovendien gaat die eraan voorbij dat alleen het EHRM in de uitoefening van dat toezicht gedurende meer dan vijftig jaar een uniek gezag heeft verworven. Alleen al daarom is er thans geen reden het Hof van Justitie op het terrein van de mensenrechten dezelfde status in het nationale strafprocesrecht te verlenen als het EHRM heeft. Interessant in dit

<sup>60</sup> Zie Wattel, 'Köbler, Cilfit and Welthgrove: we can't go on meeting like this', *CMLRev* 2004, p. 182, 184, 185.

<sup>61</sup> Vgl. Meij, 'Europese rechtspraak in de Nederlandse rechtspleging: impressies uit Den Haag en Luxemburg', in: *Internationale rechtspraak in de Nederlandse rechtsorde*, Handelingen NJV 1999-I, Tjeenk Willink: Deventer 1999, p. 200-202.

<sup>62</sup> Vgl. Steyger, 'De gevolgen van de aansprakelijkheid van de Staat voor rechterlijke schendingen van EG-recht', *NTer* 2004, p. 20, 22, die wijst op de – als gevolg van het prejudiciële stelsel bestaande – mogelijkheid van oneindig doorprocederen.

<sup>63</sup> Vgl. T. Loenen, 'Recht en het onvervulbare verlangen naar individuele gerechtigheid', *R.M. Themis* 1996, p. 123-136.

<sup>64</sup> Hof van Justitie EG 10 juli 1984, 63/83, *Kirk*, *Jur.* 1984, p. 1-2689.

opzicht is dat zelfs de VN-mensenrechtencomités die positie niet bezetten.<sup>65</sup> Daarnaast geldt dat de positie van de mensenrechten in het Europees recht, de rol van het Hof van Justitie wat betreft het toezicht op die mensenrechten en de verhouding op dit punt van het Europees recht en het Hof van Justitie tot het EVRM en het EHRM nog volstrekt niet zijn uitgekristalliseerd.<sup>66</sup> Het lijkt mij onwenselijk met het nationale recht een voorschot te nemen op de ontwikkelingen op dit terrein door het Hof van Justitie voorzover het zich over fundamentele rechten uitlaat nu alvast een aan het EHRM gelijkwaardige positie binnen de herzieningsregeling te geven. Daarmee loopt men zelfs het gevaar de door het EHRM geboden bescherming te doorkruisen. Een ander bezwaar tegen invoering van een Hof van Justitie-herzieningsgrond voor fundamentele rechten is dat men de herzieningsprocedure daarmee openstelt voor ingewikkelde discussies over de vraag of een beslissing van het Hof wel of geen fundamenteel recht betreft. Verder gelden veel van de in de vorige paragraaf genoemde bezwaren hier al evenzeer, zodat invoering van zo'n zeer specifieke grond ook in dat opzicht vooralsnog afwijzing verdient.

### Niettemin – uitgangspunten voor eventueel toekomstige Hof van Justitie-herzieningsgrond

Denkbaar is dat het Europese recht en de jurisprudentie van het Hof van Justitie op de terreinen die het strafrecht raken op zeker moment dusdanig consequent en helder zijn en een zodanige kwaliteit bezitten dat sprake is van de meest gunstige omstandigheden voor invoering van een nieuwe herzieningsgrond. Aan welke voorwaarden zou een herzieningsmogelijkheid onder die omstandigheden moeten voldoen indien men dan – anders dan nu – toch nog tot de conclusie komt dat die invoering wenselijk is?

Ten eerste zou herziening dan slechts dienen open te staan in strafzaken van veroordeelden die alle in potentie effectieve strafrechtelijke rechtsmiddelen (in beginsel hoger beroep en cassatie) hebben aangewend en daarbij op de aangewezen momenten steeds op de achteraf gebleken juiste toepassing van het Europees recht hebben gewezen.<sup>67</sup>

Verder lijkt mij wenselijk de ruimte voor herziening te beperken tot evidente misslagen door de strafrechter. De bescherming van de rechtszekerheid, de noodzaak te voorkomen dat de nationale strafrechter zich al te licht tot het stellen van prejudiciële vragen gedwongen voelt met alle nadelen van dien en het karakter van de herzieningsprocedure vragen hierom. Voor nadere invulling van dit criterium biedt de jurisprudentie van het Hof van Justitie inzake het gemeenschapbeginsel van staatsaansprakelijkheid goede aanknopingspunten, vooral de beslissing in *Köbler*.<sup>68</sup> Ingevolge daarvan is de Staat alleen aansprakelijk voor schendingen van gemeenschapsrecht door een (hoogste) rechter bij vervulling van de volgende drie voorwaarden. Ten eerste moet er een 'voldoende gekwalificeerde schending' zijn. Daarvan is sprake in het 'uitzonderlijke geval waarin de rechter het toepasselijke recht *kennelijk* heeft geschonden'.<sup>69</sup> Dit betekent dat de rechter de grenzen van zijn bevoegdheden ten minste op evidente en ernstige wijze (volgens de Engelse tekst: 'manifestly and gravely') moet hebben overtreden.<sup>70</sup> Hiermee vindt het uitgangspunt dat heropening slechts mogelijk dient te zijn indien de veroordeelde tijdens het strafbaar feit gelet op de stand van het Europees recht van mening was en kon zijn dat zijn gedraging niet strafbaar was een zekere vertaling. Ten tweede zal de geschonden rechtsregel er toe moeten strekken particulieren rechten toe te kennen. Een laatste voorwaarde houdt in dat rechtstreeks causaal verband moet bestaan tussen de schending en de door de betrokkene geleden schade. Goed aansluiten hierbij zou de mijns inziens noodzakelijk te stellen voorwaarde dat de veroordeling moet voortvloeien uit de schending en in het licht daarvan onhoudbaar dient te zijn. Om te voorkomen dat herziening in feite als een gewone, volledig nieuwe procedure gaat functioneren zal die onhoudbaarheid mijns inziens bovendien evident moeten zijn.

Verder lijkt mij wenselijk de herzieningsprocedure, die ingang zou moeten vinden bij de Hoge Raad, afhankelijk te maken van een door een advocaat ingediende schriftuur. De herzieningsmogelijkheid zou bovendien zeker ook aan temporele beperkingen onderhevig moeten zijn. Omdat herziening bij schending van Europees recht in beginsel derden betreft, voel ik er veel voor de aanvang van de termijn – in afwijking van art. 458 lid 2 Sv – te fixeren en te laten aanvangen op de dag van de Hof van Justitie-beslissing. De termijn zou dan een jaar kunnen zijn. Om te vermijden dat het tot heropening van wel heel oude zaken komt, en vanwege de soms wellicht beperkte terugwerkende kracht van Hof van Justitie-beslissingen, zie ik noodzaak voor nog een andere temporele beperking.<sup>71</sup> Namelijk dat alleen die strafzaken kunnen worden heropend waarin de einduitspraak niet langer geleden is geweest dan een jaar voor de dag waarop de prejudiciële vraag aan het Hof werd gesteld of de inbreukprocedure is gestart die tot de beslissing van het Hof van Justitie leidde.

### Slotsom

De beslissingen van het Hof van Justitie in *Köbler* en vooral *Kühne & Heitz* impliceren dat staten verplicht zijn binnen de grenzen van hun nationale recht zo veel mogelijk volledig rechtsherstel te verschaffen. Tot invoering van een op de beslissingen van het Hof van Justitie gerichte heropeningsvoorziening zijn zij echter niet gehouden. Met het oog op mogelijke toekomstige ontwikkelingen is hiervoor niettemin uiteengezet hoe zo'n voorziening eruit zou kunnen zien. Maar dat neemt niet weg dat het mij om een groot aantal uiteenlopende redenen – toch zeker vooralsnog – niet wenselijk lijkt zo'n heropeningsmogelijkheid in te voeren. In plaats daarvan kan en dient bij

<sup>65</sup> Zie daarover Van Kempen, *Heropening van procedures na veroordelingen door het EHRM. Over redres van schendingen van het EVRM in afgesloten strafzaken alsook afgesloten civiele en bestuurszaken* (diss. Tilburg), Wolf Legal Publishers: Nijmegen 2003, p. 124, 464-467.

<sup>66</sup> Vgl. J. Callewaert, 'Het EVRM en het communautair recht', *NTER* 2001, p. 259-267, J.H.H. Weiler, *The Constitution of Europe*, University Press: Cambridge 1999, p. 102-129.

<sup>67</sup> Zo ook Meij, 'Europese rechtspraak in de Nederlandse rechtspleging: impressies uit Den Haag en Luxemburg', in: *Internationale rechtspraak in de Nederlandse rechtsorde*, Handelingen NJV 1999-I, Tjeenk Willink: Deventer 1999, p. 200.

<sup>68</sup> Deze benadering volgt ook Keus, 'Reparatie van met het internationale recht conflicterende uitspraken', in: *De vader van de gedachte* ('Door tijd en vlijt'-bundel), Wolf Legal Publishers: Nijmegen 2003, p. 146.

<sup>69</sup> § 53 (mijn cursivering, PHvK).

<sup>70</sup> Zie ook Hof van Justitie EG 28 juni 2001, C-118/00, *Larsy*, (§ 38), *Jur.* 2001, p. I-5063.

<sup>71</sup> Vgl. Van Kempen, *Heropening van procedures na veroordelingen door het EHRM. Over redres van schendingen van het EVRM in afgesloten strafzaken alsook afgesloten civiele en bestuurszaken* (diss. Tilburg), Wolf Legal Publishers: Nijmegen 2003, p. 512-514.

schending van Europees recht in afgesloten strafzaken te worden volstaan met redres via financiële schadevergoeding en gratie en zonodig ook door aantasting van de tenuitvoerlegging door de kort-gedingrechter en eventueel zelfs via een beroep op het EHRM. De ontwikkeling van het eurostrafrecht is nog te ongewis en de kwaliteit van dat strafrecht nog te matig om het fundamentele belang bij het preservareren van de kracht van gewijsde van strafuitspraken daarvoor nu al op te offeren.